



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2020

Kartellrecht auf Arbeitsmärkten

Heinemann, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-195804>
Journal Article

Originally published at:
Heinemann, Andreas (2020). Kartellrecht auf Arbeitsmärkten. WuW: Wirtschaft und Wettbewerb:371-382.

Andreas Heinemann, Zürich

Kartellrecht auf Arbeitsmärkten

Prof. Dr. Andreas Heinemann, Professor an der Universität Zürich, Präsident der schweizerischen Wettbewerbskommission (der Verfasser gibt seine persönliche Auffassung wieder).

Der Beitrag ist online erschienen am 25.06.2020.

Kontakt: autor@wuw-online.de

Das Kartellverbot ist auf Tarifverträge nicht anwendbar, soweit diese eine Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen anstreben. Hieraus folgt aber kein kartellrechtlicher Ausnahmereich für Arbeitsmärkte insgesamt. Es ist anerkannt, dass außerhalb des Tarifprivilegs Absprachen zwischen Unternehmen, z. B. über Löhne oder Abwerbeverbote, durchaus in den Geltungsbereich des Kartellrechts fallen. Im Übrigen herrscht Unsicherheit. Die kartellrechtlichen Normen sind ganz überwiegend im Hinblick auf Produkte, nicht aber für den Produktionsfaktor Arbeit ausformuliert worden. Alle drei Pfeiler des Kartellrechts sind jedoch auch hier einschlägig. Es ist überfällig, die kartellrechtlichen Vorgaben für Arbeitsmärkte zu konkretisieren und damit die Konturen des Arbeitskartellrechts zu schärfen.

- I. Einleitung
- II. Wirtschaftliche Besonderheiten von Arbeitsmärkten
 1. Produkt- und Faktormärkte
 2. Monopsonphänomen auf Arbeitsmärkten
 3. Kollusion
- III. Anwendungsbereich des Kartellrechts
 1. Unternehmensbegriff
 2. Grundrechte und das Verhältnis zwischen Wettbewerbs- und Sozialpolitik
- IV. Materielles Arbeitskartellrecht
 1. Lohnabsprachen und koordinierte Abwerbeverbote
 2. Missbrauch von Monopsonmacht
 3. Zusammenschlusskontrolle
- V. Ausblick

I. Einleitung

Das Ziel des Sherman Act von 1890 bestand darin, zum Schutz des Wettbewerbs Kartelle und Trusts zu kontrollieren, die nach dem Ende des amerikanischen Bürgerkriegs entstanden waren.¹ Nach dem berühmten Zitat von Senator *Sherman* sollte ein Land, das sich in der politischen Sphäre der Monarchie entledigt hatte, auch auf dem Gebiet der Wirtschaft keinen „*king over the production, transportation, and sale of any of the necessities of life*“ akzeptieren.² Die Intention des neuen Gesetzes war also ganz auf Produktmärkte, nämlich Waren und Dienstleistungen, ausgerichtet. Umso überraschender ist die Tatsache, dass von den ersten 13 Antitrustverletzungen, die nach dem Inkrafttreten des Sherman Act von amerikanischen Gerichten festgestellt wurden, zwölf sich auf Arbeitsmärkte

bezogen, nämlich Streiks für rechtswidrig erklärten.³ Der Gesetzgeber sah hierin eine Fehlentwicklung und nutzte 1914 die Verabschiedung des Clayton Act für die Klarstellung: „*The labor of a human being is not a commodity or article of commerce.*“⁴ Section 6 Clayton Act, in dem diese Aussage zu finden ist, wird dahingehend interpretiert, dass die Antitrust-Gesetze nicht so ausgelegt werden dürfen, dass sie die Existenz oder die Tätigkeit von Arbeitsorganisationen oder Aktivitäten ihrer Mitglieder in Ausübung legitimer Ziele verbieten würden.⁵ Das GWB zielte ursprünglich in dieselbe Richtung: Der Kartelltatbestand setzte ausdrücklich einen Bezug zu „Waren oder gewerblichen Leistungen“ voraus, womit die Arbeitsmärkte ausgeklammert waren.⁶ Erst durch die 6. GWB-Novelle von 1998 entfiel aufgrund der Annäherung von § 1 GWB an das europäische Kartellrecht diese Einschränkung. Seither ist im deutschen – wie auch schon seit jeher im europäischen Kartellrecht – die Tragweite des Kartellrechts für die Arbeitsmärkte auf der Basis der Unternehmensdefinition, der einschlägigen Grundrechte sowie des Verhältnisses von Wettbewerbs- und Sozialpolitik zu bestimmen. Es handelt sich hierbei um ein Problemfeld, das auf eine lange Diskussion zurückblickt.⁷ Der Europäische Gerichtshof hatte wiederholt die Grenzen zwischen Koalitionsfreiheit der Tarifpartner und Wettbewerbsrecht auszuloten.⁸

Neue Impulse gehen von Entwicklungen in den USA aus. Für besondere öffentliche Aufmerksamkeit sorgte ein Verfahren der Antitrust Division des US-Justizministeriums gegen bekannte Technologiefirmen aus dem Silicon Valley. Im Mittelpunkt standen *no-poach agreements*, also Vereinbarungen, sich nicht gegenseitig Mitarbeiter auszuspannen.⁹ Vorläufiger

3 Hovenkamp, Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice, 5. Aufl. 2016, S. 965.

4 Siehe auch Abschn. I a) der Erklärung von Philadelphia der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) vom 10.05.1944: „Arbeit ist keine Ware“, abrufbar unter <http://hbfnk.link/7292> (zuletzt abgerufen am 08.05.2020).

5 Zu den geschriebenen („statutory“) und ungeschriebenen („non-statutory“) Kartellrechtsausnahmen für Arbeitsmärkte im US-amerikanischen Antitrustrecht siehe Hovenkamp (Fn. 3), S. 965–969.

6 Zu den nötigen Differenzierungen siehe Ackermann, in: Rieble/Junker/Giesen, Kartellrecht und Arbeitsmarkt, 2010, S. 20 ff. Einige EU-Mitgliedstaaten verfügen in ihrem nationalen Kartellrecht über ähnliche Einschränkungen, siehe z. B. Section 3 des dänischen Competition Act („This Act shall not apply to pay and working conditions“) oder Chapter 1 Section 2 des schwedischen Competition Act („This Act shall not apply to agreements between employers and employees relating to wages and other conditions of employment“).

7 Siehe nur Böhm, Kartelle und Koalitionsfreiheit, 1933; Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, 1964; Säcker, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1972; Immenga, Grenzen des kartellrechtlichen Ausnahmereichs Arbeitsmarkt, 1989; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996; von Wallwitz, Tarifverträge und die Wettbewerbsordnung des EG-Vertrages, 1997; Kordel, Arbeitsmarkt und Europäisches Kartellrecht, 2004; Viol, Die Anwendbarkeit des Europäischen Kartellrechts auf Tarifverträge, 2005; Mühlbach, Tarifverträge in der europäischen Kartellkontrolle, 2007; Rieble/Junker/Giesen, Kartellrecht und Arbeitsmarkt, 2010.

8 Siehe unten III.2.

9 Die einvernehmliche Regelung zur Unterlassung der einschlägigen Verhaltensweisen wurde genehmigt vom US District Court for the District of Columbia, Urt. v. 17.03.2011, Case No. 1:10-cv-01629 – United States v. Adobe Systems, Apple, Google, Intel, Intuit and Pixar. Eine Gruppenklage führte zu Schadensersatzzahlungen i. H. von 415 Mio. US-Dollar, siehe die Genehmigung des Vergleichs durch US District Court N. D. Cal., Order v. 02.09.2015, Case No. 11-CV-02509-LHK – High-Tech Employee Antitrust Litigation.

1 Siehe die detaillierte Analyse von Peritz, Competition Policy in America 1888–1992, 1996, S. 9 ff.

2 Congressional Record, Volume XXI, Part III, S. 2457 (Sitzung des US-Senats vom 21.03.1890).

Höhepunkt war die Verabschiedung gemeinsamer Leitlinien zur Anstellungspraxis durch die beiden US-Bundeskartellbehörden im Jahr 2016.¹⁰ Der Text soll Personalverantwortlichen Orientierung bieten und erklärt Gehaltsabsprachen und Abwerbverbote zwischen Unternehmen für illegal, ja sogar zu Per-se-Verstößen, die nach US-amerikanischem Recht auch mit Freiheitsstrafen geahndet werden können. Die zuständigen Behörden haben klargestellt, dass sie von dieser Möglichkeit auch Gebrauch machen wollen.¹¹ Die neueren Entwicklungen in den USA werden als Hinwendung zu einem „*Labor Antitrust*“ interpretiert.¹²

Dies ist Anlass genug, die Frage nach der Reichweite des Kartellrechts im Hinblick auf Arbeitsmärkte neu auszuleuchten. Probleme entstehen nicht nur bei der arbeitsmarktspezifischen Interpretation kartellrechtlicher Tatbestandsmerkmale, sondern ergeben sich auch aus der Interaktion verschiedener Politikfelder, insbesondere aus dem Verhältnis zwischen Sozial- und Wettbewerbspolitik. Wie immer im Kartellrecht empfiehlt es sich, zunächst die wirtschaftlichen Besonderheiten herauszuarbeiten, bevor rechtliche Schlussfolgerungen gezogen werden.¹³

II. Wirtschaftliche Besonderheiten von Arbeitsmärkten

1. Produkt- und Faktormärkte

In abstraktester Form lässt sich das volkswirtschaftliche Geschehen so beschreiben, dass durch die Kombination von Arbeit und Kapital (Produktionsfaktoren) Waren und Dienstleistungen (Produkte) hergestellt werden. Der Schwerpunkt der Kartellrechtsanwendung liegt auf der Produktseite, nämlich denjenigen Wettbewerbsbeschränkungen, die in Bezug auf Waren und Dienstleistungen praktiziert werden. In der Praxis stehen hierbei die angebotsseitigen Wettbewerbsbeschränkungen im Vordergrund, auch wenn das Kartellrecht ebenfalls auf Wettbewerbsbeschränkungen der Nachfrage anwendbar ist.¹⁴

Weniger klar sind die kartellrechtlichen Vorgaben für die Faktorseite. In Bezug auf die Kapitalmärkte lässt sich eine klare Bedeutungszunahme feststellen, wie sich z. B. an den LIBOR-Fällen (Absprachen über Referenzzinssätze) gezeigt hat.¹⁵ Wie aus anderen Regulierungsbereichen bekannt, liegt eines der Hauptprobleme in der Abgrenzung von allgemeinem Kartellrecht und sektorspezifischem Regulierungsrecht, hier also der Finanzmarktregulierung. Der Grundsatz der parallelen Anwendbarkeit von Kartell- und Regulierungsrecht¹⁶ gilt auch hier, auch wenn Ausnahmen von diesem Prinzip

diskutiert werden.¹⁷ Jedenfalls ist anerkannt, dass Kapitalmärkte keine spezifischen Eigenschaften aufweisen, die an der prinzipiellen Anwendbarkeit von Kartellrecht zweifeln ließen.

2. Monopsonphänomen auf Arbeitsmärkten

Arbeitsmärkte weisen eine Fülle von Besonderheiten auf.¹⁸ Während nach dem Standardmodell Arbeitsmärkte genauso funktionieren wie andere Faktor- oder Produktmärkte auch, dass nämlich die Angebotskurve mit höherem Lohn ansteigt und die Nachfragekurve sinkt, verweisen andere auf Asymmetrien im Hinblick auf das Angebot von und die Nachfrage nach Arbeit.¹⁹ Arbeitsmärkte wiesen typischerweise die Eigenschaft eines Monopsons oder zumindest eines Oligopsons auf, sodass die Löhne aufgrund des Einsatzes von Marktmacht unter das Wettbewerbsniveau fielen.²⁰ Standardbeispiel ist ein Unternehmen, das von überragender Bedeutung für den lokalen Arbeitsmarkt ist. Von solchen Besonderheiten abgesehen, werden aber auch allgemein-strukturelle Gründe für Nachfragemacht auf Arbeitsmärkten angeführt, wie sie z. B. aus den (hohen) Transaktionskosten eines Stellenwechsels oder sozialen Wechselhindernissen resultieren. Wettbewerbsabreden auf Arbeitgeberseite und Zusammenschlüsse könnten das Monopsonproblem noch verschärfen, genauso wie die Verringerung des gewerkschaftlichen Organisationsgrads und die Ausdehnung der *gig economy*, also die Umwandlung traditioneller Arbeitsverhältnisse in befristete, kurzzeitige, freischaffende oder projektbezogene Tätigkeiten. Auch Unternehmen, die sich auf Produktmärkten wirksamem Wettbewerb ausgesetzt sehen, könnten auf Arbeitsmärkten Monopsonmacht haben.²¹ Die Gegenauffassung bezweifelt, dass heutige Arbeitsmärkte mit der Marktform des Nachfragemonopols zutreffend beschrieben werden.²²

Aus kartellrechtlicher Sicht ist zu diesem Streit zu bemerken, dass es sich bei der Feststellung von Monopsonmacht auf Arbeitsmärkten um eine empirische Frage handelt. Die relevanten Arbeitsmärkte sind sorgsam abzugrenzen, und für jeden einzelnen relevanten Markt ist die Frage der Marktmacht separat zu untersuchen.²³ Allerdings stellt sich sodann die Grundsatzfrage, ob Nachfragemacht auf Arbeitsmärkten für die Kartellrechtsanwendung überhaupt relevant ist. Einige, die den Maßstab der Konsumentenwohlfaht für maßgeblich halten,²⁴ verneinen diese Frage mit dem Argument, dass nur Auswirkungen auf Produktmärkten wohlfahrtsrelevant seien. Andere ziehen den Begriff der Konsumentenwohlfaht weiter

10 Antitrust Division, Federal Trade Commission, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, October 2016; siehe hierzu etwa Bischke/Brack, NZG 2017, 499; Eufinger, RIW 2017, 481.

11 Siehe die Nachweise bei Linsmeier, BB 2018, 515 f.

12 Hafiz, 87 The University of Chicago Law Review 381 (2020).

13 Im Mittelpunkt des Beitrags stehen das EU- und das deutsche Recht. Zur Rechtslage in der Schweiz siehe z. B. Keller, sic! 2009, 214.

14 Eine Einschränkung dieser Aussage ergibt sich aus der Rspr. des EuGH, nach welcher das Anbieten von Waren und Dienstleistungen den Kern des Unternehmensbegriffs ausmache, sodass das Nachfragen als solches keine wirtschaftliche Tätigkeit darstelle, sondern im Zusammenhang mit der späteren Verwendung des erworbenen Produkts beurteilt werden müsse, siehe EuGH, Urt. v. 11.07.2006, C-205/03 P, ECLI:EU:C:2006:453, Rn. 25–27 – FENIN/Kommission; siehe hierzu unten III.1.b.

15 Siehe nur EuG, Urt. v. 24.09.2019, T-105/17, ECLI:EU:T:2019:675 – HSBC Holdings et al./Kommission (Rechtsmittel beim EuGH unter Rs.-Nr. C-806/19 P anhängig).

16 Für den Telekommunikationssektor siehe EuGH, Urt. v. 14.10.2010, C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 80 ff. – Deutsche Telekom/Kommission.

17 Siehe z. B. Goldmann, Kapitalmarkttransaktionen als Kartellrechtsverstoß?, 2019; Seier, Kartellrechtsrelevante Marktmanipulation, 2018.

18 Siehe z. B. Franz, Arbeitsmarktökonomik, 8. Aufl. 2013.

19 In der deutschen Sprache besteht die Besonderheit darin, dass die Anbieter von Arbeit „Arbeitnehmer“ und die Nachfrager von Arbeit „Arbeitgeber“ genannt werden. In wirtschaftlicher Betrachtungsweise verhält sich die Angebots- und Nachfragerelation genau umgekehrt. Im Folgenden werden die Termini Arbeitsangebot und Arbeitsnachfrage im ökonomischen Sinn verwendet.

20 Zur Monopsonmacht auf Arbeitsmärkten siehe bereits Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl. 1990, S. 43 ff.

21 OECD, Competition Concerns in Labour Markets – Background Note, DAF/COMP(2019)2, 2019, N. 4 ff., 53 ff.

22 Siehe z. B. Apolte, in: Apolte/Erlei/Göcke/Menges/Ott/Schmidt, Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik III, 2019, S. 263, 288.

23 Zur Abgrenzung von Arbeitsmärkten siehe unten IV.2.b.

24 Der consumer welfare standard stellt auf die Maximierung der Konsumentenrente ab, während der total welfare standard die Maximierung der Gesamtwohlfahrt (Summe von Produzenten- und Konsumentenrente) anstrebt, siehe z. B. Motta, Competition Policy – Theory and Practice, 2004, S. 17 ff.

und fassen hierunter auch die Auswirkungen von Marktmacht zulasten von Arbeitnehmern.²⁵ Die weite Interpretation des Konsumentenwohlstandsstandards wird auch durch Überlegungen gestützt, nach denen Löhne, die monopsonbedingt unter dem Wettbewerbsniveau liegen, zu geringerer Beschäftigung führen und damit die volkswirtschaftliche Produktion verringern, also zu ineffizienten Ergebnissen führen.²⁶ In rechtlicher Perspektive lassen sich diese Argumente als ökonomische Rechtfertigung dafür interpretieren, dass das Kartellrecht nicht nur auf Produktmärkte, sondern auch auf Faktormärkte, und hier nicht nur auf Kapitalmärkte, sondern auch auf Arbeitsmärkte, anzuwenden ist. Lehnt man eine direkte Effizienzorientierung des Kartellrechts ab und sieht dessen Ziel im Schutz des unverfälschten Wettbewerbsprozesses,²⁷ liegt dieses Ergebnis ohnehin nahe.²⁸ Es entfällt dann auch die Schwierigkeit, Überlegungen darüber anzustellen, wie mit Wettbewerbsbeschränkungen auf Arbeitsmärkten umzugehen ist, die zwar monopsonbedingt zu tieferen Löhnen, aber gerade dadurch auch zu tieferen Preisen auf den Produktmärkten führen.²⁹

3. Kollusion

Schon *Adam Smith* hat auf die Gefahr der nachfrageseitigen Kollusion auf Arbeitsmärkten hingewiesen:

„whoever imagines [...] that masters rarely combine, is as ignorant of the world as of the subject. Masters are always and everywhere in a sort of tacit, but constant and uniform, combination, not to raise the wages of labour above their actual rate“³⁰

Zu Beeinträchtigungen kommt es aber auch beim Angebot von Arbeit, nämlich auf Arbeitnehmerseite. Die kollektive Verhandlung von Löhnen durch Arbeitnehmer lässt sich aus ökonomischer Perspektive als „Lohnkartell“ beschreiben,³¹ auch wenn diese Bezeichnung in politischer und historischer Hinsicht angesichts des langen und schmerzhaften Wegs zur Etablierung der Arbeitnehmerrechte und insbesondere des (auch grundrechtlich gewährleisteten) Rechts auf Kollektivverhandlungen und gewerkschaftliche Organisation nicht befriedigend ist.³² Inwiefern ein Kartell im Rechtssinn vorliegt, wird im Folgenden zu prüfen sein. Es wird sich sogleich zeigen, dass beim Produktionsfaktor Arbeit Wettbewerbsbeschränkungen auf der Nachfrageseite auch deshalb im Vordergrund stehen, weil Wettbewerbsbeschränkungen auf der Angebotsseite, also auf der Seite der Arbeitnehmer, in aller Regel nicht in den persönlichen Geltungsbereich des Kartellrechts fallen.

III. Anwendungsbereich des Kartellrechts

1. Unternehmensbegriff

a) Arbeitnehmer und Gewerkschaften

Normadressaten des Kartellrechts sind die Unternehmen und ihre Vereinigungen, wobei ein funktionaler Unternehmensbegriff gilt. Arbeitnehmer sind keine Unternehmen, was vom Europäischen Gerichtshof auch damit begründet wird, dass Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses in ein Unternehmen eingegliedert sind und deshalb Teil derselben wirtschaftlichen Einheit sind.³³ Auch Gewerkschaften sind im Bereich ihrer Kernaufgaben keine Unternehmen und auch keine Unternehmensvereinigungen, da auch ihre Mitglieder, die Arbeitnehmer, keine Unternehmen sind.³⁴ Hieraus resultiert eine Asymmetrie in der Kartellrechtsanwendung: Das Angebot von (abhängiger) Arbeit fällt mangels Unternehmensqualität nicht in den persönlichen Geltungsbereich des Kartellrechts, die Nachfrage nach Arbeit hingegen schon. Solche Asymmetrien sind für das Kartellrecht allerdings nicht unüblich. Ein kollektiver Verbraucherboykott fällt z. B. ebenfalls nicht in den persönlichen Geltungsbereich des Kartellrechts, eine Boykottabsprache zwischen Unternehmen hingegen schon. Die Asymmetrie ist letztlich mit der Entscheidung des Gesetzgebers zu erklären, dass das Kartellrecht nicht alle Wettbewerbsbeschränkungen kontrolliert, sondern im Grundsatz nur solche, die von Unternehmen ausgehen.

Dem soeben skizzierten Ausgangspunkt ist eine Präzisierung hinzuzufügen. Aus dem funktionalen Unternehmensbegriff folgt eine Kompartimentierung: Eine Entität kann gleichzeitig wirtschaftliche und nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben. Auf die wirtschaftlichen Tätigkeiten ist das Kartellrecht anzuwenden, auf die nicht-wirtschaftlichen nicht.³⁵ Hieraus folgt, dass Arbeitnehmer und ihre Organisationen nicht gänzlich der kartellrechtlichen Kontrolle entzogen sind, sondern nur insoweit, als eine Arbeitstätigkeit bzw. hierauf bezogene Interessenvertretung vorliegt. Wird darüber hinausgehend eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt, z. B. aufgrund eines selbstständigen Nebenerwerbs des Arbeitnehmers oder durch den Verkauf von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen durch eine Gewerkschaft, ist der persönliche Geltungsbereich des Kartellrechts eröffnet.³⁶ Der Graubereich zwischen wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Tätigkeit wird kontrovers diskutiert.³⁷ So wird z. B. die Auffassung vertreten, dass nicht nur die „Scheinselbstständigen“, sondern auch die frei Tätigen in der Gig-Ökonomie nicht unternehmerisch qua-

25 So z. B. Hovenkamp, 45 *Journal of Corporation Law* 101, 113 ff. (2019); OECD (Fn. 21), N. 44; andere benutzen diese Schwierigkeit als Argument für den total welfare standard, der die Berücksichtigung von Wohlfahrtseffekten auf Faktormärkten erlaube, siehe z. B. Biggar/Fels/Heimler, *CPI Antitrust Chronicle*, Vol. 1(2) 2020, 12.

26 OECD (Fn. 21), N. 29. Zudem wird dem arbeitsmarktbezogenen Monopsonphänomen von einigen die Verantwortung dafür zugewiesen, dass der Anteil der Arbeitskraft am Gesamteinkommen gesunken sei, siehe Autor/Dorn/Katz/Patterson/Van Reenen, 135 *The Quarterly Journal of Economics* 645 (2020); allgemein zum Phänomen des sinkenden Arbeitsanteils Karabarbounis/Neiman, 129 *The Quarterly Journal of Economics* 61 (2014); siehe auch Stühmeier, *WuW* 2020, 197.

27 Zur Grundsatzdiskussion siehe z. B. Zimmer (Hrsg.), *The Goals of Competition Law*, 2012.

28 Vgl. OECD (Fn. 21), N. 45.

29 Biggar/Fels/Heimler (Fn. 25), 14; zur „Spiegeltheorie“ siehe Glöckner, *JuS* 2018, 1130, 1131.

30 Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1998 (Erstausgabe 1776), Book 1, Chapter 8.

31 Schiek/Oliver/Forde/Alberti, *EU Social and Labour Rights and EU Internal Market Law*, 2015, S. 37.

32 Siehe z. B. die differenzierte Darstellung durch die Monopolkommission, 18. Hauptgutachten 2008/2009, 2010, BT-Drucks. 17/2600, S. 319 ff.

33 EuGH, *Urt. v. 16.09.1999, C-22/98, ECLI:EU:C:1999:419*, Rn. 26 – Becu u. a.; die gegenteilige Auffassung wird nur vereinzelt vertreten, z. B. von Roth/Ackermann, in: *Frankfurter Komm. zum Kartellrecht*, Bd. II Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 53-55 (Stand Januar 2009). Auch nach dieser Auffassung ergeben sich dann aber Schranken für die Kartellrechtsanwendung unter dem Gesichtspunkt der Tarifautonomie, siehe unter III.2. Auch nach der h. M. können Arbeitnehmer aber potentielle Wettbewerber und damit Unternehmen sein, was besonders bei Wettbewerbsverboten relevant wird, siehe Petit, *Droit européen de la concurrence*, 2. Aufl. 2018, Rn. 563.

34 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, Bd. 1, 6. Aufl. 2019, Art. 101 AEUV Rn. 51, 60; a. A. konsequenterweise Roth/Ackermann, in: *Frankfurter Kommentar* (Fn. 33), Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 59 f.; in der Tendenz auch Füller, in: *Kölner Komm. zum Kartellrecht*, Bd. 3, 2016, Art. 101 AEUV Rn. 59.

35 Siehe z. B. Roth/Ackermann, in: *Frankfurter Kommentar* (Fn. 33), Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 35.

36 In Bezug auf Gewerkschaften siehe Generalanwalt Jacobs, *Schlussantr. v. 28.01.1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:28*, Rn. 225-227 – Albany. Zu weit geht es aber, die Kerntätigkeit einer Gewerkschaft als wirtschaftliche Tätigkeit in diesem Sinn zu werten, so aber Monopolkommission (Fn. 32), S. 356.

37 Füller, in: *Kölner Kommentar* (Fn. 34), Art. 101 AEUV Rn. 58 m.w.N.

lifiziert werden sollten.³⁸ Und für die Gewerkschaften ist nicht restlos geklärt, inwieweit akzessorische Tätigkeiten, z. B. das Angebot bestimmter Versicherungen oder Serviceleistungen, aufgrund des Arbeitsbezugs vom Unternehmensbegriff ausgeschlossen werden sollten.³⁹

b) Nachfragetätigkeit von Unternehmen

Eine weitere Schwierigkeit des Unternehmensbegriffs, gerade im Hinblick auf die hier zentrale Nachfrage nach Arbeit, ergibt sich aus der FENIN-Rspr. des EuGH, wonach das Nachfragen als solches keine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, sondern immer im Zusammenhang mit dem späteren Anbieten zu betrachten sei.⁴⁰ Wendete man diese Aussage auf die Nachfrage nach Arbeit an, wäre also weiter zu untersuchen, ob die spätere Verwendung der Arbeit einen wirtschaftlichen oder nicht-wirtschaftlichen Charakter aufweist. Die Anwendbarkeit des Kartellrechts, z. B. im Zusammenhang mit koordinierten Abwerbeverboten oder Gehaltsabsprachen, würde also davon abhängen, welcher Tätigkeit die Unternehmen auf den nachgelagerten Produktmärkten nachgehen.⁴¹ Schon für die Produktmärkte ist die Rspr. des Gerichtshofs zweifelhaft,⁴² da sie dem – ansonsten auch vom Gerichtshof in den Mittelpunkt gerückten⁴³ – Schutz des Wettbewerbsprozesses nicht den gebührenden Stellenwert einräumt. Für Faktormärkte ist das Kriterium der „späteren Verwendung“ schlicht nicht praktikabel, da es nicht um die unveränderte Weiterleitung von Produkten, sondern um einen Inputfaktor geht, der Produktion und Distribution vorgelagert ist.

Bei näherer Betrachtung wird deutlich, dass der Gerichtshof seine Analyse im Hinblick auf den Handel mit Produkten vorgenommen hat.⁴⁴ Die FENIN-Rspr. sollte deshalb nicht auf die Nachfrage nach Arbeit angewendet werden. Lohnabsprachen oder koordinierte Abwerbeverbote fallen also uneingeschränkt in den persönlichen Geltungsbereich des Kartellrechts. Für das deutsche Kartellrecht liegt dieses Ergebnis ohnehin nahe, wenn man sich der Auffassung anschließt, dass die europäische Engführung des Unternehmensbegriffs für das GWB nicht zu übernehmen sei.⁴⁵

c) Fazit

Das Kartellrecht ist auf Arbeitnehmer und auf die Kerntätigkeit von Gewerkschaften nicht anwendbar. Für eine adäquate Definition des Verhältnisses von Kollektivarbeits- und Kartellrecht ist diese Aussage allerdings nicht hinreichend. Werden Tarifverträge nicht von einzelnen Arbeitgebern, sondern von Vereinigungen von Arbeitgebern oder ihren Spitzenorganisationen geschlossen (siehe § 2 TVG), läge insoweit eine kartellrechtlich relevante Koordination zwischen Unternehmen vor. Der Anwendung von Kartellrecht auf arbeitsrechtliche

Kollektivverhandlungen sind aber von grundrechtlicher Seite Grenzen gesetzt. Auch das Verhältnis zwischen Wettbewerbs- und Sozialpolitik führt zu Einschränkungen. Auf beides ist im Folgenden einzugehen.

2. Grundrechte und das Verhältnis zwischen Wettbewerbs- und Sozialpolitik

Arbeitnehmerrechte und das Recht auf kollektive Verhandlung der Arbeitskonditionen sind im nationalen, europäischen und weltweiten Mehrebenensystem des Grundrechtsschutzes vielfältig abgesichert, z. B. in Art. 23 Abs. 4 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen, Art. 8 UN-Sozialpakt, Art. 2(a) ILO-Erklärung über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit, Art. 5 und 6 der Europäischen Sozialcharta des Europarats, Art. 12 und 28 der Charta der Grundrechte der EU und in Art. 9 Abs. 3 GG. Eine Untersagung von Kollektivverhandlungen auf kartellrechtlicher Grundlage ist deshalb nicht statthaft.⁴⁶

Die grundrechtliche Argumentation findet eine Stütze im Verhältnis von Wettbewerbs- und Sozialpolitik im EU-Primärrecht.⁴⁷ Art. 155 AEUV (im Vertragskapitel über Sozialpolitik) ermutigt die „Sozialpartner“ (englische Fassung: „*management and labour*“) dazu, vertragliche Beziehungen einzugehen und Vereinbarungen abzuschließen. Der Europäische Gerichtshof hat in der Rechtssache *Albany* darauf hingewiesen, dass mit Tarifverträgen „zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden“ sind, dass die Erreichung der sozialpolitischen Ziele aber „ernsthaft gefährdet“ wäre, wenn man das Kartellverbot auf sie anwenden würde. Deshalb fallen „die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern im Hinblick auf diese Ziele geschlossenen Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands“ nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV.⁴⁸ Diese Ausnahme gilt allerdings nur für Kollektivverhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern,⁴⁹ nicht hingegen für Kollektivverhandlungen zwischen Angehörigen freier Berufe⁵⁰ und auch nicht für Verhandlungen zwischen Arbeitgebern einerseits und Organisationen andererseits, denen nicht lediglich Arbeitnehmer, sondern auch Selbstständige angehören, da diese als Unternehmen zu qualifizieren sind.⁵¹

Die *Albany*-Rspr. wird häufig als kartellrechtliche „Bereichsausnahme“ eingestuft.⁵² Damit ist kein allgemeiner Ausnahmehereich für Arbeitsmärkte gemeint, sondern eine an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte Einschränkung von

38 OECD (Fn. 21), N. 112 m.w.N.; zum Begriff der „Gig“-Arbeit siehe bereits oben II.2.

39 Zu den Einzelheiten siehe Füller, in: Kölner Kommentar (Fn. 34), Art. 101 AEUV Rn. 59.

40 Zu FENIN siehe bereits oben Fn. 14.

41 Siehe z. B. Ackermann (Fn. 6), S. 26: Nachfrage nach Arbeit durch die öffentliche Hand in Bezug auf hoheitliche oder soziale Tätigkeiten ist nicht unternehmerisch.

42 Siehe z. B. die Kritik von Füller, in: Kölner Kommentar (Fn. 34), Art. 101 AEUV Rn. 23 ff. m.w.N.

43 EuGH, Urt. v. 06.10.2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, Rn. 63 – GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a.

44 Siehe z. B. EuGH – FENIN, Rn. 25 f.

45 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 1 GWB Rn. 24 f. Die nationalen Gerichte könnten die Frage nach dem Spielraum der Mitgliedstaaten dem Europäischen Gerichtshof vorlegen, siehe die Überlegungen im BGH-Kartellsenat im Bericht von Podszun/Pohlmann, WuW 2020, 174, 176.

46 Siehe z. B. Reichold, in: FS für Reuter, 2010, S. 759, 770, wonach Art. 9 Abs. 3 GG eine „verfassungsrechtliche Kartellerlaubnis“ enthalte. Zu beachten ist allerdings, dass Einschränkungen von Art. 101 AEUV nicht an nationale Tarifvertragskonzepte anknüpfen, sondern unionsrechtlich zu bestimmen sind, siehe Rieble, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2019, § 221 Rn. 12 mit Nachweis der Gegenmeinung.

47 Allgemein zu diesem Verhältnis siehe Heinemann, in: Ferri/Cortese, The EU Social Market Economy and the Law, 2019, S. 123 ff.

48 EuGH, Urt. v. 21.09.1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, Rn. 59 f. – Albany; siehe hierzu z. B. Fleischer, DB 2000, 821; eingehend zum Verhältnis zwischen europäischem Wettbewerbsrecht und kollektivem Arbeitsrecht Mohr, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, 1. Teil Grundlagen Rn. 1256 ff.

49 Sowie für Kollektivmaßnahmen, z. B. im Rahmen von Arbeitskämpfen, siehe Ackermann (Fn. 6), S. 30 f., 38.

50 EuGH, Urt. v. 12.09.2000, C-180/98-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, Rn. 68-70 – Pavlov u. a.

51 EuGH, Urt. v. 04.12.2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411, Rn. 24-30 – FNV Kunsten Informatie en Media (Ausnahme, wenn es sich um bloße Scheinselbstständige handelt, Rn. 31); siehe hierzu Latzel/Serr, EuZW 2014, 410; Lettl, WRP 2015, 294; Mohr, EuZA 2018, 436.

52 Zu den verschiedenen Klassifikationsmöglichkeiten siehe Mohr, in: Münchener Kommentar Wettbewerbsrecht (Fn. 48), 1. Teil Grundlagen Rn. 1258.

Art. 101 Abs. 1 AEUV im Hinblick auf typische Inhalte von Tarifverträgen. Der Gerichtshof hat hierfür in *Albany* den Begriff der „Inhärenz“ verwendet:⁵³ Wettbewerbsbeschränkungen, die kollektiven Verhandlungen der Sozialpartner im Rahmen der primärrechtlich garantierten Sozialpolitik inhärent sind, sind vom Kartellverbot ausgenommen. Inhärenz ist gegeben, wenn es bei Tarifverhandlungen zwischen Sozialpartnern um die Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen geht,⁵⁴ nicht aber z. B. bei Regelungen über Ladenschlusszeiten⁵⁵ oder bei der Koordination von Produktpreisen oder Absatzgebieten.⁵⁶ Tarifverträge dürfen also kein Deckmantel für Kartelle sein. Für jedes Vertragselement ist separat zu prüfen, ob es sich um einen legitimen kollektiv-arbeitsrechtlichen Verhandlungsgegenstand handelt.⁵⁷ Treffen Unternehmen Absprachen außerhalb der kollektivarbeitsrechtlich vorgezeichneten Bahnen (etwa ohne Einbeziehung des Sozialpartners), z. B. über Löhne oder die Nichtabwerbung von Arbeitnehmern, ist die *Albany*-Ausnahme nicht einschlägig.⁵⁸

Außerdem hat der Gerichtshof den Inhärenzgedanken auf Art. 101 Abs. 1 AEUV, nicht auf Art. 102 AEUV bezogen.⁵⁹ Für das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen sind aber entsprechende Überlegungen anzustellen. Soweit das Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen durch die Koalitionsfreiheit und die sozialpolitischen Ziele der Verträge gedeckt ist (z. B. auf dem Gebiet des Arbeitskampfrechts), findet Art. 102 AEUV keine Anwendung. In den meistdiskutierten Fällen liegen diese Voraussetzungen allerdings nicht vor.⁶⁰

IV. Materielles Arbeitskartellrecht

Aufgrund der jüngeren Praxis in den USA,⁶¹ Japan,⁶² Hongkong⁶³ und einigen europäischen Ländern⁶⁴ stehen Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern über Löhne und Abwerbeverbote (*no-poach agreements*) im Vordergrund der arbeitskartellrechtlichen Diskussion (I.). Es stellt sich ferner die Frage,

unter welchen Voraussetzungen arbeitsmarktbezogene Verhaltensweisen als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu qualifizieren sind (2.), und welcher Stellenwert Wettbewerbseffekten auf Arbeitsmärkten im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle zukommen sollte (3.).

1. Lohnabsprachen und koordinierte Abwerbeverbote

a) Lohnabsprachen zwischen Unternehmen

Wie bereits ausgeführt, ist die kollektive Verhandlung von Löhnen und Arbeitsbedingungen im Rahmen der grundrechtlich gewährleisteten Sozialpartnerschaft der Anwendung des Kartellrechts entzogen. Hierauf bezogene Vereinbarungen zwischen Tarifvertragsparteien sind also keine Kartelle im Rechtssinn. Anders verhält es sich, wenn Unternehmen lohn- oder sonstige arbeitsbezogene Absprachen treffen, die außerhalb der kollektivarbeitsrechtlich vorgesehenen Verfahren zustande kommen. Auf sie ist das Kartellrecht in vollem Umfang anwendbar.

Gehaltsabreden werden häufig zwischen Unternehmen getroffen, die auf ähnlichen Produktmärkten tätig sind. Die rechtliche Würdigung hängt hiervon aber nicht ab, da Unternehmen auf denselben Arbeitsmärkten nachfragen können, auch wenn sie auf verschiedenen Produktmärkten aktiv sind.⁶⁵ Was den Gegenstand der Vereinbarung betrifft, so sind nicht nur Absprachen über das Grundgehalt einschlägig, sondern über alle Einkommenskomponenten, z. B. Boni, Provisionen, Spesensätze, Auslandspauschalen, Jubiläumszahlungen, freiwillige Versicherungen, Umzugs- und Wohnungskosten, Firmenwagen, Abfindungen und sonstige Vergünstigungen.

Das europäische Kartellverbot ist einschlägig, wenn eine Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten vorliegt,⁶⁶ die mitgliedstaatlichen Pendanten sind auf Fälle mit oder ohne grenzüberschreitendes Element anwendbar. Im Grundsatz sind Preisabsprachen zwischen Wettbewerbern als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen einzustufen.⁶⁷ Im vorliegenden Zusammenhang ist allerdings eine genauere Betrachtung erforderlich. Nach der Definition der Europäischen Kommission in der De-minimis-Bekanntmachung⁶⁸ zählt zu den bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Wettbewerbern „die Festsetzung der Preise beim Verkauf von Produkten an Dritte“.⁶⁹ Einigen sich Unternehmen über Gehaltsgrenzen für ihr Personal, liegt zwar eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern (bei der Nachfrage nach Arbeit) vor, es handelt sich aber nicht um die „Preise beim Verkauf“, sondern um „Preise beim Einkauf“ von Arbeit, und es geht auch nicht um Produkte, sondern um einen Produktionsfaktor. Allerdings ist die Aufzählung bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen in der Bekanntmachung nicht abschließend zu verstehen. So stellt Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV klar, dass nicht nur die Festsetzung der Verkaufspreise, sondern auch die Koordination der Ankaufspreise tatbestandsmäßig ist. Ob es sich hierbei um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung handelt, hängt nach der Umschreibung des

53 Jedenfalls in der französischen und englischen Fassung von EuGH, Urt. v. 21.09.1999 (Fn. 48), Rn. 59 – *Albany*. Die *Albany*-Rspr. steht demnach dem Immanenzgedanken näher als einer Bereichsausnahme. Auch wenn die immanenzrechtliche Begrifflichkeit eher auf den deutschen Sprachraum beschränkt ist (und auch hier umstritten geblieben ist), hat der Gerichtshof den dahinterstehenden Gedanken allgemein anerkannt; für Wettbewerbsverbote in Unternehmenskaufverträgen siehe z. B. EuGH, Urt. v. 11.07.1985, Rs. 42/84, ECLI:EU:C:1985:327, Rn. 17 ff. – *Remia/Kommission*. Siehe auch Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar (Fn. 33), Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 59 f., die von einer „immanenten Schranke“ sprechen und dies in Rn. 59 mit „Ausnahmebereich“ gleichsetzen.

54 EuGH, Urt. v. 21.09.1999 (Fn. 48), Rn. 59 f. – *Albany*. Dies war nicht der Fall in EFTA-Gerichtshof, Urt. v. 19.04.2016, E-14/15 – *Holship Norge AS/Norsk Transportarbeiderforbund*, da eine Transportgewerkschaft in casu nicht lediglich die Arbeitsbedingungen der angeschlossenen Hafenarbeiter verbessern wollte, sondern auch eigene wirtschaftliche Ziele verfolgte; siehe hierzu näher Kainer, EuZA 2017, 90.

55 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 34), Art. 101 AEUV Rn. 162.

56 Schiek/Oliver/Forde/Alberti (Fn. 31), S. 37. Eingehend zu Tarifbestimmungen mit Doppelwirkung auf Arbeits- und Produktmärkten siehe Mohr/Wolf, JZ 2001, 1091; Mohr, in: Münchener Kommentar Wettbewerbsrecht (Fn. 48), 1. Teil Grundlagen Rn. 1271 ff.

57 Vgl. Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 9 Rn. 58.

58 Ackermann (Fn. 6), S. 35, 39 f.; hierzu sogleich im Text.

59 Mohr, in: Münchener Kommentar Wettbewerbsrecht (Fn. 48), 1. Teil Grundlagen Rn. 1291.

60 Siehe näher unten IV.2.

61 Siehe oben bei Fn. 10.

62 Japan Fair Trade Commission, Report of the Study Group on Human Resource and Competition Policy, abrufbar unter <http://hbfm.link/7293> (zuletzt abgerufen am 08.05.2020).

63 Hong Kong Competition Commission, Competition concerns regarding certain practices in the employment marketplace in relation to hiring and terms and conditions of employment, 09.04.2018, abrufbar unter <http://hbfm.link/7294> (zuletzt abgerufen am 08.05.2020); zur Lage in Festlandchina siehe Tremolada, ECLR 2019, 451, 461.

64 Siehe die Überblicke bei Linsmeier, BB 2018, 515, 517 f.; Tremolada, ECLR 2019, 451, 458 f.

65 Antitrust Guidance for Human Resource Professionals (Fn. 10), S. 2.

66 Anschaulich für den vorliegenden Zusammenhang Eufinger, RIW 2017, 481, 485.

67 Die nötigen Präzisierungen finden sich in EuGH, Urt. v. 11.09.2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 48 ff. – *Groupement des cartes bancaires/Kommission*.

68 EU-Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die i. S. des Artikels 101 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU den Wettbewerb nicht spürbar beschränken, ABl. 2014 C 291/1.

69 De-minimis-Bekanntmachung (Fn. 68), Rn. 13.

EuGH in *Cartes Bancaires* davon ab, ob die Koordinierung „in sich selbst“ eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist bzw. „schon ihrer Natur nach“ schädlich ist.⁷⁰ Nach der hier vertretenen Auffassung sind – zumindest auf Faktormärkten – Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs unabhängig von der „späteren Verwendung“ auf nachgelagerten Märkten relevant.⁷¹ Es handelt sich auch um bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen, da Gehaltsabsprachen nicht nur eine marktgerechte Vergütung von Arbeitskraft verhindern, sondern Arbeitnehmer allgemein in ihrem Fortkommen beeinträchtigen. Angesichts der überragenden Bedeutung der Arbeit nicht nur für den Lebensunterhalt, sondern auch für die Persönlichkeit und die Gesellschaft sind solche Absprachen „schädlich genug“⁷², um als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert zu werden.⁷³

Es ist folgerichtig, die hier entwickelten Grundsätze auch auf Fragen des Informationsaustauschs zu erstrecken. Nach den allgemeinen Grundsätzen liegt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor, wenn firmenspezifische, nicht öffentlich zugängliche Informationen über zukünftiges Preis- oder Mengenverhalten ausgetauscht werden, da dann das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb prognostiziert werden kann und die Unsicherheit des Wettbewerbs durch Zusammenarbeit ersetzt wird.⁷⁴ Erhebt und kommuniziert z. B. eine Unternehmensvereinigung Informationen über Personalvergütungen und Vergütungsbestandteile, die von ihren Mitgliedern geplant werden, ist die Schwelle zur bezweckten Wettbewerbsbeschränkung überschritten. Dies gilt erst recht für den Austausch individueller Gehaltsinformationen zwischen einzelnen Unternehmen.⁷⁵ Unbedenklich ist hingegen der Austausch aggregierter Lohnstatistiken mit Angaben zur Vergangenheit, wenn diese keine Rückschlüsse auf die zukünftige Vergütungspolitik einzelner Unternehmen ermöglichen und Vorkehrungen gegen den Austausch sensibler Geschäftsinformationen getroffen werden, z. B. die Datenbeschaffung und -verarbeitung einem unabhängigen Dritten anvertraut wird.⁷⁶

b) Koordinierte Abwerbeverbote („Sperrabreden“)

Lohnabsprachen (außerhalb von Tarifverhandlungen) sind nur ein Beispiel für kartellrechtlich problematische Vereinbarungen. Jegliche Koordination im Hinblick auf Beschäftigung und Arbeitsbedingungen muss der kartellrechtlichen Überprüfung standhalten. In der Praxis sind die Abwerbe- und

Anstellungsverbote von besonderer Bedeutung geworden.⁷⁷ Unternehmen vereinbaren hierdurch, sich nicht gegenseitig ihre Mitarbeiter auszuspannen. Dies ist in der Praxis nicht nur für hochqualifizierte Funktionen („*War for Talents*“⁷⁸), sondern z. B. auch für einfache Mitarbeiter in Franchisingketten relevant.

aa) § 75f HGB

Das deutsche Recht enthält seit 1914 eine Spezialvorschrift gegen solche Sperrabreden. § 75f HGB⁷⁹ sieht ein besonderes Rücktrittsrecht für Vereinbarungen vor, in denen sich ein Prinzipal gegenüber einem anderen dazu verpflichtet, dessen aktuelle oder ehemalige Handlungsgehilfen nicht anzustellen, und degradiert solche Abreden zur Naturalobligation.⁸⁰ § 110 GewO erstreckt diese Vorgaben auf alle Arbeitsverhältnisse.⁸¹ In systematischer Hinsicht ist die Vorkehrung gegen Sperrabreden als „arbeitsrechtliches Kartellverbot“ zu qualifizieren,⁸² das auch historisch bemerkenswert ist, da es der ersten Kartellrechtskodifikation (Kartellverordnung von 1923) vorausging. Vor diesem Hintergrund ist es verständlich, dass diese „Urform“ des heutigen Kartellverbots⁸³ nicht über die differenzierte Ausgestaltung von Tatbestand und Rechtfertigungsgründen verfügt, wie es für moderne Formulierungen des Kartellverbots typisch ist. Es verwundert deshalb nicht, dass die Rspr. den Normgehalt durch Rule-of-Reason-Erwägungen reduziert hat: § 75f HGB findet keine Anwendung, wenn die Sperrabrede nur Nebenbestimmung der Vereinbarung ist und einem besonderen Vertrauensverhältnis oder der besonderen Schutzbedürftigkeit einer der beiden Seiten Rechnung trägt.⁸⁴ Gleichzeitig hat der BGH in seiner Leitentscheidung klargestellt, dass die Vorschrift des § 75f HGB nicht lediglich auf „Anstellungsverbote“ i. e. S., sondern allgemein auf „Abwerbeverbote“ anwendbar ist.⁸⁵

§ 75f HGB verdrängt nicht § 1 GWB im Wege der Spezialität.⁸⁶ Selbst wenn man – wie hier vertreten – § 75f HGB als kartellrechtliche Norm interpretiert, besteht allein schon aus Verfahrensgründen (keine Zuständigkeit der Kartellbehörden zum Eingriff auf der Grundlage des HGB) und wegen der strenger Rechtsfolgen (zivilrechtliche Nichtigkeit statt Naturalobligation; Möglichkeit der Verhängung von Bußgeldern) ein

70 EuGH, Urt. v. 11.09.2014 (Fn. 67), Rn. 50, 57 f., 82 – *Groupement des cartes bancaires/Kommission*; bestätigt z. B. durch EuGH, Urt. v. 02.04.2020, C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265, Rn. 35, 54 – *Budapest Bank u. a.*

71 Siehe oben III.1.b.

72 EuGH, Urt. v. 11.09.2014 (Fn. 67), Rn. 69 – *Groupement des cartes bancaires/Kommission*.

73 Aufgrund dieser Besonderheiten ist eine Parallele zu den Einkaufsgemeinschaften nicht angezeigt. Für die Qualifikation als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen spricht auch die Tatsache, dass die US-amerikanischen Antitrustbehörden „naked wage-fixing agreements“ als Per-se-Verstoß gegen Section 1 Sherman Act einstufen, eine Abwägung nach der rule of reason also nicht stattfindet, siehe oben hinter Fn. 10.

74 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011, C 11/1, N. 72 ff.

75 Vgl. BKartA, Beschl. v. 26.07.2016, B12-23/15 – Film- und Fernsehproduktion (u. a. detaillierter Informationsaustausch über Vergütungen, Zuschläge und sonstige Konditionen für freie Mitarbeiter).

76 Vgl. Antitrust Guidance for Human Resource Professionals (Fn. 10), S. 5; OECD (Fn. 21), N. 77.

77 Siehe hierzu eingehend Alexander, ZWeR 2016, 16; Glöckner, JuS 2018, 1130; zu Beschränkungen des Vereinswechsels im Profisport siehe Denzel/Klöppner, in: Rieble/Junker/Giesen, Kartellrecht und Arbeitsmarkt, 2010, S. 145 ff.

78 Brinker, NZKart 2015, 209.

79 Eingefügt durch Gesetz v. 10.06.1914, RGBl. 1914, 209.

80 Umfassend hierzu Eggert, Sperrabreden unter Arbeitgebern, 2011.

81 Auch schon vor Einfügung dieser Vorschrift im Jahr 2002 (BGBl. I 3412) wandte die Rspr. § 75f HGB analog auf alle Arbeitnehmer an, siehe die Nachweise in BGHZ 201, 205, 208. § 9 Abs. 1 Nr. 3-5 AÜG enthält besondere Vorschriften für Sperrabreden auf dem Gebiet der Leiharbeit, wobei hier die Rechtsfolge Unwirksamkeit ist.

82 Schloßer, BB 2003, 1382, 1383; Alexander, ZWeR 2016, 16, 18; Glöckner, JuS 2018, 1130, 1132.

83 Alexander, ZWeR 2016, 16, 18.

84 BGHZ 201, 205, 214 ff. (maximale Dauer des Abwerbeverbots beträgt grds. zwei Jahre; vgl. §§ 74a Abs. 1 Satz 3 und 90a Abs. 1 Satz 2 HGB); Brinker (NZKart 2015, 209 f.) weist auf die Parallelität der Auslegung von § 75f HGB und dem einschlägigen Kartellrecht hin; Alexander (ZWeR 2016, 16, 35) kritisiert zu Recht, dass diese Parallelität nicht offen gelegt wird.

85 BGHZ 201, 205, 209 ff.; aus dem Wortlaut der Norm, der lediglich die Anstellung erwähnt, leitet die Gegenauffassung ab, dass bloße Abwerbeverbote nicht erfasst seien. Qualifiziert man die Norm nicht handels- oder arbeitsrechtlich, sondern kartellrechtlich (siehe oben im Haupttext), drängt es sich geradezu auf, nicht nur die direkte, sondern auch die indirekte Aufteilung von Märkten, also auch die Abwerbesperren zu erfassen.

86 Alexander, ZWeR 2016, 16, 21 ff.; Glöckner, JuS 2018, 1130, 1133; a. A. Schloßer, BB 2003, 1382, 1383.

zwingendes Bedürfnis für die Anwendung von § 1 GWB auch auf Sperrabreden.⁸⁷

bb) Horizontale Sperrabreden

Auch wenn das Thema der Sperrabreden auf eine lange Tradition zurückblickt, haben jüngere Entwicklungen in den USA das Interesse an dieser Thematik weltweit erneuert. Die US-amerikanischen Fälle sind vor allem im Technologiesektor, aber auch bei den Finanzdienstleistungen, im Gesundheitswesen, der Modeindustrie und den Franchisingssystemen der Schnellrestaurants angesiedelt. Wettbewerber in diesen Branchen hatten sich gegenseitig verpflichtet, die Arbeitnehmer der anderen Unternehmen nicht „kalt“ für Personalgespräche anzurufen. Teilweise wurde auch ausdrücklich vereinbart, Angestellte der anderen Unternehmen nicht einzustellen.⁸⁸ Solche No-Poach-Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die vergleichbare Jobprofile nachfragen, sind als horizontale Vereinbarungen von Nachfragern auf den einschlägigen Arbeitsmärkten i. S. von Art. 101 AEUV, § 1 GWB zu qualifizieren.⁸⁹ Da Unternehmen sich hierdurch Produktionsfaktoren koordiniert zuweisen, liegt eine Marktaufteilungsabrede vor, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt.⁹⁰ Die besondere Gefährlichkeit für den Wettbewerb, die der Marktaufteilung allgemein zukommt, wird hier dadurch verstärkt, dass die Absprachen die berufliche Entwicklung der Arbeitnehmer beeinträchtigen und Gehaltsaussichten zerschlagen oder zumindest den Zugang zu einschlägigen Informationen erschweren. Im europäischen Recht sind bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen grds. tatbestandsmäßig.⁹¹ In Bezug auf das deutsche Kartellverbot werden Zweifel an der Spürbarkeit von Sperrabreden geäußert.⁹² Diese Zweifel sollten allerdings durch eine Rezeption des europäischen Ansatzes, bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen die Spürbarkeit immer zuzuerkennen, überwunden werden.⁹³

Nicht tatbestandsmäßig ist allerdings die Verpflichtung, ein rechtswidriges, z. B. unlauteres, Verhalten zu unterlassen.⁹⁴ Verstößt eine bestimmte Abwerbung z. B. gegen das UWG (etwa wegen Verleitung zum Vertragsbruch⁹⁵), kann man sich wirksam zu deren Unterlassung verpflichten.⁹⁶

cc) Vertikale Sperrabreden

Neben horizontalen sind auch vertikale Vereinbarungen denkbar, z. B. wenn ein Franchisinggeber seine Franchisingnehmer dazu verpflichtet, die Arbeitnehmer anderer

Franchisingnehmer nicht abzuwerben.⁹⁷ Art. 101 AEUV und § 1 GWB erfassen sowohl die horizontalen als auch die vertikalen Wettbewerbsabreden, wobei sich die Kriterien für das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung unterscheiden. Während horizontale Marktaufteilungen durchweg der Kategorie der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zuzuordnen sind, ist diese Qualifikation bei vertikalen Marktaufteilungen dem absoluten Gebiets- und Kundenschutz vorbehalten. Dieser setzt voraus, dass nicht nur die aktiven Bemühungen in Bezug auf Gebiete oder Kundengruppen, die anderen zugewiesen wurden, unterlassen werden, sondern dass auch der passive Geschäftsabschluss unterbleibt. Angepasst an die spezifischen Gegebenheiten einer Sperrabrede könnte von absolutem Schutz dann gesprochen werden, wenn Arbeitnehmer auch dann nicht eingestellt werden dürfen, wenn sie sich aus eigener Initiative beim Partner der Sperrabrede um Einstellung bemüht haben, was bei einem koordinierten Anstellungsverbot der Fall wäre. Ein bloßes Abwerbverbot würde für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung hingegen nicht ausreichen, da hierdurch ja lediglich aktive Anstrengungen zur Anwerbung fremder Arbeitnehmer ausgeschlossen werden. Hier wäre also eine gesonderte Untersuchung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen und ihrer Spürbarkeit erforderlich.

dd) Effizienzrechtfertigung

Zur Rechtfertigung von Sperrabreden bringen Unternehmen vor, dass häufiger Personalwechsel Kosten verursache, Ausbildungsinvestitionen entwerte sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gefährde. Soweit diese Ziele von Art. 101 Abs. 3 AEUV und § 2 GWB erfasst sind, wird es in aller Regel an der Erforderlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung für das angestrebte Ziel fehlen. Die genannten Nachteile können nämlich durch die geeignete Ausgestaltung des Arbeitsvertrags vermieden werden. Z. B. ist es möglich, Kündigungsfristen zu verlängern (vgl. § 622 Abs. 5 Satz 3, Abs. 6 BGB) und Vereinbarungen über die Rückerstattung von Ausbildungskosten zu treffen. Der Transfer von Know-how kann durch ein (nachvertragliches) Wettbewerbsverbot verhindert werden, dies allerdings nur gegen Zahlung einer Entschädigung (§ 110 GewO i. V. mit § 74 HGB).⁹⁸ Verbleibende Kosten und Nachteile sind hinzunehmen, da ein marktwirtschaftliches System Autonomie und Veränderung voraussetzt und der beruflichen Selbstbestimmung ein hoher Stellenwert zukommt (Art. 12 GG).⁹⁹

ee) Informationsaustausch

Entsprechend den Ausführungen zu den Lohnabsprachen gilt auch im Zusammenhang mit den koordinierten Abwerbe-

87 Siehe auch Alexander, ZWeR 2016, 16, 36: Ein eigenständiger Anwendungsbereich für § 75f HGB verbleibt z. B. dann, wenn die Parteien der Sperrabrede keine Unternehmen sind, Kartellrecht also keine Anwendung findet.

88 Nachweise der allesamt einvernehmlich beendeten Fälle in Antitrust Guidance for Human Resource Professionals (Fn. 10), S. 3 f.

89 Siehe auch Glöckner, JuS 2018, 1130, 1135: möglicherweise auch Einschränkung des Wettbewerbs auf betroffenen Produktmärkten.

90 Alexander, ZWeR 2016, 16, 28; Glöckner, JuS 2018, 1130, 1135; zurückhaltender, nämlich für eine Prüfung des jeweiligen Einzelfalls, Linsmeier/Mächtle, NZKart 2015, 258, 262.

91 EuGH, Urt. v. 13.12.2012, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, Rn. 37 – Expedia.

92 Jänich, in: Münchener Komm. zum Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2020, § 4 Nr. 4 Rn. 85.

93 Alexander, ZWeR 2016, 16, 29; siehe BGH, Urt. v. 12.06.2018, KZR 4/16, Rn. 30 ff., WuW 2018, 476 – Busverkehr im Altmarkkreis, wo u. a. auch die Expedia-Rspr. für die Auslegung von § 1 GWB übernommen wird.

94 Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. Aufl. 2020, Einl. UWG Rn. 6.14.

95 Jänich, in: Münchener Kommentar Lauterkeitsrecht (Fn. 92), § 4 Nr. 4 Rn. 85 ff., 89 ff.

96 BGHZ 201, 205, 213 f.

97 Bei parallelen Vertikalverträgen ist aber der Frage nachzugehen, ob nicht – entgegen dem ersten Anschein – in Wirklichkeit eine horizontale Abrede vom Hub-and-spoke-Typ („Sternvertrag“) vorliegt; siehe Tremolada, ECLR 2019, 451, 456 mit Nachweis einschlägiger Fälle in den USA; zu Abwerbverboten in Fast-Food-Franchisingssystemen siehe OECD (Fn. 21), N. 80 Box 3.

98 In rechtsvergleichender Perspektive werden Wettbewerbsverbote in Arbeitsverträgen sehr unterschiedlich beurteilt. Die Regeln, reichen vom Verbot bis zur Zulässigkeit bei Einhaltung sinnvoller Beschränkungen, siehe den Überblick in OECD (Fn. 21), N. 83.

99 Zur einschlägigen Interessenabwägung im Handelsrecht siehe BGHZ 201, 205, 211: „Durch die §§ 74 ff. HGB soll den Interessen des Arbeitnehmers an seinem beruflichen Fortkommen nach dem Ende des Anstellungsverhältnisses gegenüber dem Interesse des Unternehmers, sich durch Wettbewerbsverbote vor einer Abwanderung seines Personals zu Konkurrenzunternehmen zu schützen, grds. der Vorrang eingeräumt werden“.

verboten, dass identifizierender Informationsaustausch vom Kartellverbot erfasst wird. Wettbewerbern (bei der Nachfrage nach Arbeitskräften) steht es also nicht frei, sich gegenseitig über ihre Einstellungsabsichten zu informieren.

ff) Abwerbeverbote als Nebenabreden zu Unternehmenszusammenschlüssen

Von den freistehenden sind die anlassbezogenen Abwerbeverbote zu unterscheiden. In der Fusionskontrolle ist anerkannt, dass Abwerbeverbote denselben Regeln wie Wettbewerbsverbote folgen und als „*ancillary restraints*“ in den Genuss des Konzentrationsprivilegs kommen können.¹⁰⁰ Dies setzt voraus, dass das Abwerbeverbot mit der Durchführung eines Unternehmenszusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diesen notwendig ist. Wie immer bei Nebenabreden ist der persönliche, räumliche, sachliche und zeitliche Geltungsbereich sorgsam einzugrenzen.¹⁰¹ Bei den Abwerbeverboten ist insbesondere darauf zu achten, dass eine Einschränkung auf Schlüsselpersonal stattfindet.¹⁰²

Grundsätzlich gilt, dass Wettbewerbs- und Abwerbeverbote dem Schutz des Erwerbers dienen müssen.¹⁰³ Ausnahmsweise kann aber auch der Schutz des Veräußerers erforderlich sein, damit die Transaktion wirtschaftlich sinnvoll durchgeführt werden kann. So verhält es sich z. B. bei der Veräußerung von Unternehmensteilen. Da der Erwerber unter Umständen auch mit Mitarbeitern des Veräußerers in Kontakt kommt, deren Arbeitsverhältnisse mit der Transaktion nicht auf den Erwerber übergehen, kann der Veräußerer ein berechtigtes Interesse daran haben, dass der Erwerber die Transaktion nicht dazu nutzt, diese Mitarbeiter abzuwerben. In einer solchen Situation können also auch Abwerbeverbote zugunsten des Veräußerers von der Wirkung der Zusammenschlussgenehmigung umfasst werden. Bei der Eingrenzung des Abwerbeverbots ist insbesondere darauf zu achten, dass nur Mitarbeiter des Veräußerers erfasst werden, mit denen der Erwerber im Zug der Transaktion in Kontakt tritt.¹⁰⁴

Schließlich spielen Abwerbeverbote bei den Verpflichtungszusagen eine Rolle. Kann ein Zusammenschluss nur unter der Bedingung oder der Auflage genehmigt werden, dass die Zusammenschlussparteien ein Geschäft an einen geeigneten Dritten veräußern, so muss gewährleistet sein, dass dieses Geschäft lebens- und wettbewerbsfähig ist. Dies kann es erforderlich machen, dass sich die Zusammenschlussparteien dazu verpflichten, keine Mitarbeiter der zu veräußernden Einheit abzuwerben.¹⁰⁵ Entsprechende Abwerbeverbote sollten auf das Schlüsselpersonal beschränkt sein und einen Zeitraum von zwei Jahren umfassen.¹⁰⁶

100 EU-Kommission, Bekanntmachung über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind („Ancillary-Restraints-Bekanntmachung“), ABl. 2005 C 56/24, N. 26, 41.

101 Siehe im Einzelnen die Ancillary-Restraints-Bekanntmachung (Fn. 100), N. 19 ff.

102 Bundeskartellamt, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, Mai 2017, N. 102.

103 Ancillary-Restraints-Bekanntmachung (Fn. 100), N. 17.

104 Siehe den Fall der schweizerischen Wettbewerbskommission, 16.03.2020, Zürich Versicherungsgesellschaft AG / CSS Unternehmensgeschäft, RPW 2020/2, N. 20.

105 EU-Kommission, Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. 2008 C 267/1, N. 110.

106 EU-Kommission, Explanatory note – Best Practice Guidelines: The Commission's Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regulation, 05.12.2013, N. 24.

gg) Immanenzgedanke

Die für die Zusammenschlusskontrolle entwickelten Grundsätze lassen sich über den Immanenzgedanken¹⁰⁷ auch auf andere Situationen übertragen, in denen ein schutzwürdiges Interesse an einem Abwerbeverbot besteht. So verhält es sich z. B. bei Kooperationsverträgen (auch im Bereich Forschung & Entwicklung), Subunternehmerverhältnissen, Vertriebsvereinbarungen und Due-Diligence-Prüfungen, soweit hierdurch ein Vertrauensverhältnis hergestellt wird, das durch Abwerbungen funktionswidrig gestört würde.¹⁰⁸

hh) Abwerbevereinbarung

Durch eine Sperrabrede vereinbaren zwei Unternehmen, sich nicht die Mitarbeiter abspenstig zu machen. Das Gegenteil bildet eine Vereinbarung, durch die sich die Vertragspartner gerade dazu verpflichten, einen oder mehrere Arbeitnehmer eines Dritten für sich zu gewinnen. So verhielt es sich im Fall des von der Europäischen Kommission geahndeten Fernwärmetechnik-Kartells.¹⁰⁹ Kartellunternehmen einigten sich im Rahmen eines umfassenden Preis-, Quoten- und Submissionskartells darauf, Mitarbeiter eines am Kartell nicht beteiligten Konkurrenten einzustellen, um Informationen über diesen zu erlangen und seine Geschäfte und Kundenbeziehungen zu beschädigen. Die Kosten für die deutlich über dem Marktpreis liegenden Gehälter teilten die Kartellbeteiligten untereinander auf.¹¹⁰ Die Kommission stellte eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung fest.¹¹¹ Das Beispiel zeigt, dass das Kartellverbot jegliche Koordination im Wettbewerb erfasst, ob es nun um die Nicht-Einstellung oder die Einstellung von Mitarbeitern geht.

c) Fazit

Außerhalb der kollektivarbeitsrechtlich vorgesehenen Verfahren und Instrumente fallen arbeitsmarktbezogene Absprachen von Unternehmen unter das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen. Dies gilt nicht nur für Absprachen über Löhne und Lohnbestandteile, sondern auch über Abwerbung und Anstellung. Bestehen gute Gründe, wie z. B. bei Unternehmenszusammenschlüssen, Kooperationen oder Subunternehmerverhältnissen, tritt das Kartellverbot in gebotenem Umfang zurück. Auch wenn also Raum für legitime Ausnahmen besteht, gilt der Grundsatz, dass auch der Nachfragewettbewerb auf Arbeitsmärkten gegen beschränkende Vereinbarungen geschützt wird.

2. Missbrauch von Monopsonmacht

a) Anwendung des Missbrauchsverbots auf Arbeitsmärkte

Art. 102 AEUV und § 19 GWB verbieten den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Es ist anerkannt (und bereits im Wortlaut der beiden Vorschriften angelegt¹¹²), dass nicht nur der Missbrauch von Angebots-, sondern auch von Nachfragemacht erfasst ist.¹¹³ Im europäischen Recht bestehen keine

107 Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 65 ff.

108 BGHZ 201, 205, 214 (mit Bezug auf § 75f HGB); Alexander, ZWer 2016, 16, 33.

109 Komm., Entsch. v. 21.10.1998, IV/35.691/E-4 – Fernwärmetechnik-Kartell; im Wesentlichen bestätigt durch EuGH, Ur. v. 28.06.2005, C-189/02 P u. a., ECLI:EU:C:2005:408 – Dansk Rørindustri u. a. / Kommission.

110 Komm., Entsch. v. 21.10.1998 (Fn. 109), Rn. 92 f. – Fernwärmetechnik-Kartell.

111 Komm., Entsch. v. 21.10.1998 (Fn. 109), Rn. 148 – Fernwärmetechnik-Kartell.

112 Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV: „Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen“; § 19 Abs. 2 GWB: „ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager“.

113 Grundlegend Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977.

weiteren Einschränkungen, sodass auch marktbeherrschende Stellungen auf Arbeitsmärkten Art. 102 AEUV unterfallen.¹¹⁴

Im Gegensatz hierzu ergibt sich im deutschen Recht eine Schwierigkeit aus der Definition der (Einzel-)Marktbeherrschung in § 18 Abs. 1 GWB, welche an (das Angebot oder) die Nachfrage „einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen“ anknüpft.¹¹⁵ Der Begriff der Waren und gewerblichen Leistungen i. S. dieser Vorschrift ist zwar weit auszulegen. Dienstleistungen aus einem Arbeitsverhältnis sind aber nicht „gewerblich“, sodass sie nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht erfasst sind.¹¹⁶ Folgt man dieser Auffassung, wäre eine Missbrauchskontrolle für marktbeherrschende Stellungen bei der Nachfrage nach abhängiger Arbeit ausgeschlossen. Aus historischen, systematischen, teleologischen und unionsrechtlichen Gründen sollte dem Wortlaut der Vorschrift allerdings nicht gefolgt werden. Das GWB schränkte seine Anwendbarkeit ursprünglich sowohl für die wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen als auch für den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen auf „Waren und gewerbliche Leistungen“ ein. Der Grund hierfür bestand darin, dass „kooperative Bindungen der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer über die Gestaltung der Lohn- oder Arbeitsbedingungen“ nicht unter das Gesetz fallen sollen.¹¹⁷ Dieses Argument betraf also lediglich die beschränkenden Vereinbarungen, nicht aber den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen. Mit der 6. GWB-Novelle hat der Gesetzgeber die Einschränkung auf „Waren und gewerbliche Leistungen“ aus dem Kartellverbot gestrichen, um eine Angleichung an das EU-Kartellrecht zu erreichen.¹¹⁸ Hierzu passt es schlecht, einen wichtigen Wirtschaftsbereich, nämlich den Produktionsfaktor Arbeit, im Gegensatz zum europäischen Kartellrecht der Missbrauchskontrolle zu entziehen. Außerdem erscheint es systematisch nicht überzeugend, auf einen bestimmten Gegenstandsbereich zwar das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen anzuwenden, eine Aufsicht über den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen aber auszuschließen.¹¹⁹ Die Auslegung des deutschen Kartellrechts sollte also der europäischen Rechtslage folgen und die Arbeitsmärkte in die Missbrauchskontrolle einbeziehen.

b) Relevante Arbeitsmärkte

Nach den allgemeinen Grundsätzen ist für die Abgrenzung von Märkten in sachlicher und räumlicher Hinsicht auf die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite abzustellen. Normalerweise würde man für die Einzelheiten auf die Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Definition des relevanten Marktes verweisen.¹²⁰ Für den vorliegenden Zusammenhang hat diese Bekanntmachung allerdings ein Manko: Durchweg wird auf die Substituierbarkeit

von „Produkten“ abgestellt, die Produktionsfaktoren kommen hingegen nicht vor.

Die Instrumente zur Feststellung der Substituierbarkeit lassen sich aber an die Besonderheiten von Arbeitsmärkten anpassen. Im vorliegenden Zusammenhang (Missbrauch von Monopson-, also von Nachfragemacht) besteht die Marktgegenseite aus den anbietenden Arbeitnehmern. Für sie sind alle Arbeitgeber, die ihr jeweiliges Berufsprofil nachfragen, Teil desselben sachlich relevanten Marktes. Auf die Branche, also die Produktmärkte, kommt es dabei nicht an. Auch wenn Unternehmen auf unterschiedlichen Produktmärkten tätig sind, können sie doch um dieselben Mitarbeiter konkurrieren, also auf denselben Arbeitsmärkten als Nachfrager auftreten.¹²¹ Sind z. B. die Kenntnisse eines Buchhalters in einer großen Zahl unterschiedlichster Unternehmen verwendbar, gelangt man zu einer Marktabgrenzung, welche die Arbeitsnachfrager vieler verschiedener Branchen umfasst.

Zur Konkretisierung des relevanten Berufsprofils wird man gängige Berufsklassifikationen verwenden können. Weltweite Grundlage hierfür ist die von der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) entwickelte Norm ISCO-08. Die EU-Kommission hat den Mitgliedstaaten empfohlen, diese Norm ihren eigenen Klassifikationen zugrunde zu legen.¹²² Die amtliche Klassifikation der Berufe dient zwar in erster Linie statistischen Zwecken. Für die kartellrechtliche Marktabgrenzung wird man hier aber einen nützlichen Ausgangspunkt finden, der für die Ermittlung der Substituierbarkeit dann entsprechend zu vergrößern oder zu verfeinern ist.¹²³

Für die entsprechende Feinjustierung kann auf die anerkannten Instrumente zurückgegriffen werden. *Naidu, Posner* und *Weyl* haben vorgeschlagen, für die Arbeitsmärkte in Analogie zum hypothetischen Monopolistentest einen hypothetischen Monopsonistentest zu entwickeln, nämlich den SSNIP-Test zum SSNDW-Test umzuwandeln. SSNDW steht für „*small but significant and non-transitory decrease in wages*“. Es ist also die Frage zu stellen, wie Arbeitnehmer auf eine fünf- bis zehnprozentige Kürzung ihres Gehalts reagieren würden. Ist eine solche Gehaltssenkung für den Arbeitgeber profitabel, weil eine spürbare Abwanderung zu anderen Arbeitgebern ausbleibt, sind die Arbeitsmärkte für die betroffenen Berufsbilder auf das eine Unternehmen beschränkt. Dieses ist dann Monopsonist. Würde eine ausreichende Anzahl von Arbeitnehmern hingegen infolge der Lohnsenkung zu anderen Arbeitgebern wechseln, werden diese in die relevanten Arbeitsmärkte einbezogen.¹²⁴

Der SSNDW-Test kann auch den berufsbilderbasierten Ausgangspunkt relativieren. Wenn Arbeitnehmer auf eine Änderung der relativen Löhne mit der Ausübung eines anderen Berufs reagieren, spricht dies für eine berufsbildübersteigende

114 Wenn man von der Ausnahme der kollektivarbeitsrechtlichen Inhärenz absieht, siehe oben hinter Fn. 59.

115 Siehe für die kollektive Marktbeherrschung entsprechend § 18 Abs. 5 Nr. 1 GWB.

116 Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 45), § 18 GWB Rn. 43; Kühnen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 18 Rn. 21.

117 BT-Drucks. 1158 v. 22.01.1955, S. 30.

118 Siehe bereits oben bei Fn. 6. Entscheidend war das Argument, dass zwischen europäischer und deutscher Praxis „kein wesentlicher Unterschied“ bestehe, BT-Drucks. 13/9720 v. 29.01.1998, S. 31.

119 Im gleichen Sinn Bien/Doganoglu, NZKart 2019, 185, 186: Arbeitnehmer sind zwar nicht Adressaten der kartellrechtlichen Verbotstatbestände, sollten aber in ihren Schutzbereich eingezogen werden.

120 EU-Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes i. S. des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 C 372/5.

121 Oben Fn. 65.

122 EU-Kommission, Empfehlung über die Verwendung der Internationalen Standardklassifikation der Berufe (ISCO-08) v. 29.10.2009, ABl. 2009 L 292/31. Auf dieser Grundlage hat in Deutschland die Bundesagentur für Arbeit in Zusammenarbeit mit anderen Akteuren die „Klassifikation der Berufe 2010“ vorgelegt, abrufbar unter <http://hbfm.link/7295> (zuletzt abgerufen am 08.05.2020).

123 Ähnlich der Verwendung der von der WHO herausgegebenen ATC-Klassifikation für die kartellrechtliche Abgrenzung von Pharmamärkten, siehe z. B. Komm., Entsch. v. 29.06.2018, M.8889, Rn. 16 ff. – Teva/PGT OTC Assets.

124 Naidu/Posner/Weyl, 132 Harvard Law Review 536, 574 ff. (2018). Die Terminologie ist nicht einheitlich: Marinescu/Hovenkamp (94 Indiana Law Journal 1031, 1050, 2019) verwenden für denselben Test die Abkürzung SSNRW („small and significant but non-transitory reduction in wages“).

Marktabgrenzung. Dieser Befund lässt sich auch mit dem Kriterium der Angebotssubstituierbarkeit erklären, das zu einer weiteren als ursprünglich angedachten Marktabgrenzung führt und ein anerkanntes Instrument der Marktabgrenzung darstellt.¹²⁵ Für die Angebotsumstellungsflexibilität spielen Marktzutrittsschranken eine große Rolle, z. B. das Erfordernis einer spezifischen Ausbildung.

Dieselben Grundsätze gelten für die räumliche Marktabgrenzung. Die geographischen Ausweichmöglichkeiten der Arbeitnehmer hängen von vielen Faktoren ab, z. B. der privaten Mobilität und den Transportkosten und -zeiten. Entscheidend ist wie bei der räumlichen Abgrenzung von Produktmärkten das Kriterium der Homogenität der Wettbewerbsbedingungen, wobei auch der SSNDW-Test heranzuziehen ist, also der räumliche Ausweichraum nach einer Änderung der relativen Löhne. In räumlicher Hinsicht kann es sich so verhalten, dass Produktmärkte z. B. weltweit zu definieren sind, während die Arbeitsmärkte lokal, regional oder national definiert werden müssen. Alles hängt von den Umständen des Einzelfalls, nämlich dem räumlichen Ausweichverhalten der Arbeitnehmer ab.¹²⁶

c) Marktbeherrschende Stellung

Ein Unternehmen ist einzelmarktbeherrschend, wenn es die Fähigkeit zu unabhängigem Verhalten hat, in seinem Verhalten also nicht hinreichend durch andere Akteure kontrolliert wird, in der vorliegenden Nachfragesituation also z. B. durch konkurrierende Nachfrager auf den betroffenen Arbeitsmärkten oder durch die Marktgegenseite, also die jeweiligen Arbeitnehmer. Wenn Unternehmen der unterschiedlichsten Branchen um dieselben Arbeitnehmer konkurrieren, wird Nachfragemacht eher bei enger räumlicher Marktabgrenzung vorliegen. Ist das gesuchte Stellenprofil hingegen selten, kann auch bei weiterer räumlicher Marktdefinition eine marktbeherrschende Stellung vorliegen. Ist die Marktgegenseite, also die Arbeitnehmer, einig und gewerkschaftlich vertreten, ist dies ein Argument gegen Marktbeherrschung des Nachfragers. Sind die Arbeitnehmer jedoch vereinzelt und schlecht organisiert, werden Verhaltensspielräume des betreffenden Unternehmens nicht hinreichend eingeengt. Bei der Berücksichtigung der ökonomischen Literatur zur Monopsonmacht auf Arbeitsmärkten ist aus rechtlicher Perspektive zu berücksichtigen, dass Art. 102 AEUV und § 19 GWB erst ab der Schwelle der Marktbeherrschung greifen, bloße Marktmacht also nicht ausreicht.¹²⁷

d) Missbrauch

Marktbeherrschende Stellungen dürfen nicht missbraucht werden. Praktische Anwendungsfälle für den Missbrauch von Monopsonmacht auf Arbeitsmärkten liegen – soweit ersichtlich – nicht vor.¹²⁸ Besonders diskussionswürdig erscheinen

die Fallgruppen Ausbeutung und Diskriminierung; es ist aber auch an andere Missbrauchsformen zu denken. Ausbeutungsmissbrauch in der vorliegenden Konstellation liegt dann vor, wenn die Nachfragemacht auf einem Arbeitsmarkt dazu eingesetzt wird, unangemessene „Einkaufspreise“ i. S. von Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV zu erzwingen. Da der Preis für Arbeit als „Lohn“ oder „Gehalt“ bezeichnet wird, lässt sich im vorliegenden Zusammenhang der Preissmissbrauch auch als „Lohn-“ oder „Gehaltsmissbrauch“ bezeichnen. Nach dem Vergleichsmarktkonzept¹²⁹ läge ein Missbrauch z. B. dann vor, wenn die marktbeherrschende Stellung dazu eingesetzt wird, unangemessen tiefe Löhne durchzusetzen. Nach den allgemeinen Grundsätzen reicht nicht jede Abweichung, sondern der Unterschied muss „stark“ bzw. „eindeutig“ sein.¹³⁰

Als Ausbeutungsmissbrauch kommt auch die Kündigung von Arbeitnehmern und der Abschluss eines neuen Vertrags zu ungünstigeren Konditionen oder mit schlechterem Status in Betracht, z. B. als Scheinselbstständige oder durch den Missbrauch von Werkverträgen. Hier stellen sich allerdings grundsätzliche Fragen im Verhältnis von Kartell- und Arbeitsrecht. Nicht jede Verletzung des Arbeitsrechts durch ein marktbeherrschendes Unternehmen wird als kartellrechtlicher Missbrauch zu werten sein. Das Problem erinnert an die Diskussion zum Verhältnis von Kartell- und Datenschutzrecht. Im deutschen *Facebook*-Fall lautet eine zentrale Frage, unter welchen Voraussetzungen der Verstoß gegen Datenschutzregeln auch als Missbrauch i. S. des Kartellrechts gewertet werden kann.¹³¹ Für den Ausbeutungsmissbrauch wird ein innerer Zusammenhang zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch verlangt, wobei keine Einigkeit besteht, ob strenge oder bloß normative Kausalität zwischen diesen beiden Merkmalen zu verlangen ist.¹³² Wird die starke Stellung bei der Nachfrage nach Arbeit dazu eingesetzt, ungünstigere oder sogar arbeitsrechtswidrige Konditionen durchzusetzen, liegt jedenfalls ein ausreichender Zusammenhang vor.

Andere Missbrauchsformen kommen in Betracht, z. B. auch Kampfpreisstrategien. In der Monopsonkonstellation geht es dabei nicht um zu tiefe, sondern um zu hohe Preise. So ist es denkbar, dass Löhne über dem Marktniveau gezahlt werden, um Konkurrenten den Zugang zum benötigten Personal abzuschneiden und sie hierdurch aus dem Markt zu drängen. Nach erfolgreicher Verdrängung können die Löhne dann wieder gesenkt werden.¹³³

3. Zusammenschlusskontrolle

Auch für die Zusammenschlusskontrolle gilt, dass Arbeitsmärkte nur am Rand vorkommen. Im Kontrollverfahren sind die Anhörungsrechte der Arbeitnehmer und ihrer Ver-

125 Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes (Fn. 120), Rn. 20 ff.: Wenn Anbieter in Reaktion auf eine kleine und dauerhafte Änderung der relativen Preise ihre Produktion auf andere Erzeugnisse umstellen und diese kurzfristig und profitabel auf den Markt bringen können, sind diese anderen Erzeugnisse Teil desselben sachlich relevanten Marktes.

126 Siehe die Beispiele bei Bien/Doganoglu, NZKart 2019, 185, 186, insb. auch den Hinweis, dass die Möglichkeit der Telearbeit die räumlich relevanten Märkte erheblich vergrößern kann.

127 Das Konzept der relativen Marktmacht ist auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und -nehmern nicht anwendbar, da § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB auf beiden Seiten Unternehmensqualität voraussetzt.

128 Diese Aussage gilt durchaus weltweit, siehe OECD (Fn. 21), N. 141; für das US-amerikanische Antitrustrecht siehe Marinescu/Posner, *Why Has Antitrust Law Failed Workers?*, 10.03.2019, <https://ssrn.com/abstract=3335174>, S. 22 (zuletzt abgerufen am 08.05.2020).

129 Das Vergleichsmarktkonzept lässt sich auch auf den Preissmissbrauch durch Nachfrager anwenden, siehe Bulst, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 2, 13. Aufl. 2018, Art. 102 AEUV Rn. 177.

130 Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 34), Art. 102 AEUV Rn. 185; siehe auch Eilmansberger/Bien, in: Münchener Kommentar Wettbewerbsrecht (Fn. 48), Art. 102 AEUV Rn. 365, die einen Unterschied von mindestens 30 % verlangen.

131 Eilmansberger/Bien, in: Münchener Kommentar Wettbewerbsrecht (Fn. 48), Art. 102 AEUV Rn. 265, 282.

132 Ellger, WuW 2019, 446, 449 ff. mit Nachweisen; zur Grundlegenden Diskussion um das Verhältnis zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch und zu den einschlägigen Reformen des GWB siehe Eilmansberger/Bien, in: Münchener Kommentar Wettbewerbsrecht (Fn. 48), Art. 102 AEUV Rn. 265 ff., speziell zum Ausbeutungsmissbrauch Rn. 277, 284.

133 Naidu/Posner/Weyl, 132 Harvard Law Review 536, 598 f. (2018).

treten hervorzuheben (§ 56 Abs. 2 GWB,¹³⁴ Art. 18 Abs. 4 FKVO mit Erwägungsgründen 37 und 45). Für den Begriff der Marktbeherrschung in § 18 GWB (der auch für die Zusammenschlusskontrolle heranzuziehen ist), wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Vorschrift mit ihrer Fokussierung auf Produktmärkte zu eng gefasst und auf die Faktormärkte zu erstrecken ist. Im europäischen Fusionskontrollrecht entsteht eine vergleichbare Schwierigkeit durch die Definition des räumlich relevanten Markts in Art. 9 Abs. 7 FKVO, die ebenfalls nur die Waren und Dienstleistungen, nicht aber die Produktionsfaktoren erwähnt.¹³⁵ Die Vorschrift sollte analog für die räumliche Abgrenzung von Arbeitsmärkten herangezogen werden, sodass es auch hier auf die hinreichende Homogenität der Wettbewerbsbedingungen ankommt. Schließlich ist für das deutsche Recht auf das Institut der Ministererlaubnis hinzuweisen: Es ist anerkannt, dass die in § 42 Abs. 1 GWB genannten Gründe für eine Ausnahmegenehmigung (gesamtwirtschaftliche Vorteile und überragendes Interesse der Allgemeinheit) auch Vorteile für die Beschäftigung umfassen. In der Praxis der Ministererlaubnis kommt dem Aspekt der Sicherung von Arbeitsplätzen sogar eine besondere Rolle zu.¹³⁶ Von zentraler Bedeutung ist die Frage, welcher Stellenwert den wettbewerblichen Effekten eines Zusammenschlusses auf Arbeitsmärkten bei der Gesamtbewertung eines Zusammenschlussvorhabens zukommen sollte. In der fusionskontrollrechtlichen Praxis spielen Arbeitsmarkteffekte bisher keine Rolle.¹³⁷ Hier ist eine Neubewertung an der Zeit, haben doch die Ausführungen zur Monopson- bzw. Oligopsonproblematik auf Arbeitsmärkten wettbewerbliches Gefahrenpotential identifiziert.¹³⁸ Es würde auch wenig Sinn ergeben, das Kartellverbot auf Arbeitsmärkte anzuwenden (z. B. bei den koordinierten Abwerbeverboten), Marktbeherrschung auf Arbeitsmärkten einer Missbrauchskontrolle zu unterstellen (z. B. beim Einsatz wirtschaftlicher Macht zur Durchsetzung arbeitsrechtswidriger Konditionen), die Arbeitsmärkte dann aber im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle auszublenden.¹³⁹ Eine solche Asymmetrie würde der engen Verzahnung der drei Pfeiler des Kartellrechts nicht gerecht. Es wäre auch nicht stimmig, mit der herrschenden Meinung einen allgemeinen kartellrechtlichen Ausnahmereich für Arbeitsmärkte abzulehnen,¹⁴⁰ die Anwendung kartellrechtlicher Sachnormen dann aber auf Produktmärkte zu beschränken, ohne dass der Vorrang tarifvertraglicher Gestaltung für den betreffenden Sachverhalt relevant wäre.

In der fusionskontrollrechtlichen Praxis ist es üblich, dass eine Vielzahl relevanter Märkte in die Prüfung einzubeziehen ist. Man sollte sich daran gewöhnen, dass auch die Arbeitsmärkte hierzu zählen. Die üblichen Instrumente finden Anwendung.

134 „Berührte Wirtschaftskreise“ sind auch die Unternehmensverbände und die Gewerkschaften, siehe Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 45), § 56 Rn. 22.

135 Siehe aber Bien/Doganoglu, NZKart 2019, 185, 186, die Arbeitsleistungen unter den Begriff der Dienstleistung subsumieren.

136 Siehe z. B. die Ministererlaubnis im Fall EDEKA/Kaiser's Tengelmann, die sich im Wesentlichen auf Erhalt von Arbeitsplätzen und Arbeitnehmerrechten stützte (Nachweise und Verfahrensgeschichte bei Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 10. Aufl. 2018, Rn. 1613).

137 Bien/Doganoglu, NZKart 2019, 185; für die USA Naidu/Posner/Weyl, 132 Harvard Law Review 536, 571 (2018).

138 Siehe oben II.2.

139 Für eine „stärkere Berücksichtigung fusionsbedingter Nachfragemacht auf Arbeitsmärkten“ auch Bien/Doganoglu, NZKart 2019, 185, 186, die zudem betroffenen Arbeitnehmern die Klagebefugnis gegen Fusionskontrollentscheidungen der Europäischen Kommission einräumen möchten.

140 Siehe oben III.2.

So lässt sich auch der Konzentrationsgrad auf Arbeitsmärkten durch den Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) ermitteln. Von Bedeutung ist nicht nur die absolute Höhe des HHI, sondern auch seine Veränderung in Folge des Zusammenschlusses.¹⁴¹ Außerdem können Effizienzgewinne eine Rolle spielen. Nach den Leitlinien der Europäischen Kommission zu den horizontalen Zusammenschlüssen werden Effizienzgewinne berücksichtigt, wenn sie den Verbrauchern zugutekommen, fusionsspezifisch und überprüfbar sind.¹⁴² Der Begriff der Verbraucher sollte hier weit ausgelegt werden und auch die Arbeitnehmer umfassen. Schwierigkeiten entstehen, wenn zwar Monopsonmacht auf Arbeitsmärkten vergrößert wird, aber Vorteile für Verbraucher auf den Produktmärkten entstehen. Hier ist über geeignete Abhilfemaßnahmen nachzudenken.¹⁴³

Abschließend ist klarzustellen, dass die Einbeziehung der Arbeitsmärkte in die fusionskontrollrechtliche Analyse nicht mit einer Public-Interest-Erweiterung gleichzusetzen ist, wie es im Rahmen der Ministererlaubnis der Fall ist. Es geht um eine rein wettbewerbliche Prüfung, in welcher der SIEC-Test auch auf die Arbeitsmärkte angewendet wird. Der Maßstab dieser Prüfung ist nicht die (unmittelbare) Sicherung von Arbeitsplätzen, sondern die Frage nach der Vermachtung von Arbeitsmärkten.

V. Ausblick

Während die Anfänge des *Labor Antitrust* durch eine unangemessen weite Anwendung des Kartellrechts gekennzeichnet waren, kam es in der Folge zu übertriebener Abstinenz. Die jüngere Entwicklung ist durch Bestrebungen gekennzeichnet, einen differenzierten Ansatz zu erarbeiten. Die Arbeitsmärkte konstituieren keinen kartellrechtlichen Ausnahmereich, sondern das Kartellrecht findet hier Anwendung, soweit die auch grundrechtlich verbürgten Anliegen der Sozialpolitik nicht entgegenstehen. Das Kartellrecht tritt insoweit zurück, als Kollektivverhandlungen zwischen den Sozialpartnern und arbeitsrechtlich gedeckte Kollektivmaßnahmen der Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen dienen.

Beim Arbeitskartellrecht besteht Nachholbedarf.¹⁴⁴ Obwohl in Deutschland in Gestalt von § 75f HGB seit 1914 Protokartellrecht gegen arbeitsmarktbezogene Sperrabreden existiert, ist trotz der intensiven Debatte um die kartellrechtlichen Auswirkungen der Tarifautonomie die Konkretisierung der kartellrechtlichen Tatbestände im Hinblick auf Arbeitsmärkte rudimentär geblieben. Dieser Befund ist auf vier Gründe zurückzuführen: Erstens hat die Unsicherheit über den (angeblichen) Ausnahmereich Arbeitsmärkte allgemein für Zurückhaltung in der Kartellrechtsanwendung gesorgt. Zweitens sind die kartellrechtlichen Grundkonzepte bis zum heutigen Tag im Hinblick auf Produkte, nämlich Waren und Dienstleistungen, nicht aber im Hinblick auf Produktionsfaktoren entfaltet worden. Die Faktorvergessenheit des Kartellrechts kommt besonders deutlich beim Grundkonzept

141 EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gem. der Rechtsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004, C 31/5, Rn. 16 ff.

142 Leitlinien über horizontale Zusammenschlüsse (Fn. 141), Rn. 78.

143 OECD (Fn. 21), N. 33, 100 f.

144 Der Befund gilt weltweit, siehe OECD (Fn. 21), N. 17, 62.

des relevanten Marktes zum Ausdruck.¹⁴⁵ Drittens führt die asymmetrische Unternehmensqualifikation auf Arbeitsmärkten dazu, dass das Hauptthema der Nachfragewettbewerb ist, der in der kartellrechtlichen Praxis von untergeordneter Bedeutung ist. Und viertens tut sich die ökonomische Analyse in diesem Bereich schwer: Diejenigen, welche den Maßstab der Konsumentenwohlfaht in den Mittelpunkt stellen, geraten in Begründungsschwierigkeiten, wenn Wettbewerbsbeschränkungen auf Faktormärkten zu tieferen Preisen auf Produktmärkten führen. Diese Schwierigkeiten können zwar überwunden werden und betreffen von vornherein nicht die Gegenposition, die durch das Kartellrecht vorrangig den unverfälschten Wettbewerbsprozess geschützt sieht.¹⁴⁶ Angesichts der starken Ökonomisierung des Kartellrechts lässt sich aber festhalten, dass diese Unsicherheiten nicht gerade für zusätzlichen Schub sorgen.

Ungeachtet dieser Schwierigkeiten ist es nicht nur möglich, sondern bereits de lege lata geboten, die für Produktmärkte entwickelten Regeln auf Faktormärkte zu übertragen und so das materielle Kartellrecht auf Arbeitsmärkte anzuwenden. Unternehmen sollten also – wenn sie sich nicht auf kollektivarbeitsrechtlichen Wegen der Sozialpartnerschaft befinden – ihre Anstellungs- und Vergütungspolitik sowie die Arbeitsbedingungen selbstständig festlegen und den Kontakt zu Personalabteilungen der Konkurrenz meiden. Für legitime Ausnahmen hält das Kartellrecht genügend Spielraum bereit. Marktbeherrschende Stellungen auf

¹⁴⁵ Siehe oben IV.2.b. Die synonyme Verwendung der Begriffe „sachlich relevanter Markt“ und „Produktmarkt“ ist bezeichnend. Die Produktionsfaktoren werden hierdurch ausgeblendet.

¹⁴⁶ Siehe oben II.2.

Arbeitsmärkten dürfen nicht missbraucht werden, und Zusammenschlüsse dürfen den wirksamen Wettbewerb auf Arbeitsmärkten nicht erheblich behindern. Auch auf Arbeitsmärkten hat der Wettbewerb also seinen Funktionen nachzukommen: Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen stören die optimale Faktorallokation und verhindern eine leistungsgerechte Einkommensverteilung. Außerdem werden die dynamischen Funktionen des Wettbewerbs beeinträchtigt, z. B. wenn Sperrabreden die berufliche Mobilität erschweren, Anreize zur Fortbildung verringern und damit Anpassungsvorgänge und Innovationen behindern. Das Kartellrecht sollte auch den Wettbewerb auf Arbeitsmärkten vor Verzerrungen schützen.

Summary:

Competition Law in Labour Markets

The ban on cartels does not apply to collective labour agreements insofar as they seek to improve conditions of work and employment. However, this does not amount to a general exemption from competition law in favour of labour markets at large. It is recognized that outside the collective bargaining privilege, agreements between undertakings, for instance on wages or no-poach, fall within the scope of competition law. Apart from that, there is uncertainty. The competition rules have been formulated primarily with regard to products, but not to the production factor labour. However, all three pillars of competition law are relevant for labour, too. It is overdue to adapt competition law to labour-specific characteristics and thus sharpen the contours of labour antitrust.

»WUW1326220

Sabine Zigelski, Paris

Aufgaben und aktuelle Themen des OECD-Wettbewerbskomitees

– Einführung und Kurzbericht von der Sitzungswoche in Paris im Dezember 2019 –

Sabine Zigelski, Senior Competition Expert, OECD, Paris.

Der Beitrag ist online erschienen am 18.02.2020.

Kontakt: autor@wuw-online.de

Der Beitrag gibt eine kurze Einführung zur Arbeit der OECD im Bereich Wettbewerb. Einleitend werden kurz die Struktur des Wettbewerbskomitees der OECD, seine wesentlichen Aufgaben und Themen, aktuelle Themenschwerpunkte sowie sonstige Aufgaben des Wettbewerbssekretariates der OECD beschrieben. Zusammenfassungen dreier aktueller Roundtable-Diskussionen zu den Themen Marktaustrittsschranken, Hub-and-Spoke-Vereinbarungen und Wettbewerb um den Markt geben einen exemplarischen Einblick in diese Arbeitsprodukte.

- I. Struktur und Aufgaben
- II. Highlights der OECD-Sitzungswoche Dezember 2019
 - 1. Marktaustrittsschranken
 - 2. Hub-and-Spoke Arrangements
 - 3. Wettbewerb um den Markt
- III. Schlussbemerkungen

I. Struktur und Aufgaben

Die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD) hat das Ziel, Politik zu befördern, die das Leben der Menschen weltweit in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht verbessert – so auch das Motto: „Better policies for better lives“.